

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meer-
voudige kamer) 18 mei 2011, nr. 200903577/1/R2.

(Mrs. P.J.J. van Buuren, M.W.L. Simons-Vinckx en N.S.J. Koe-
man)

m.nt. P.C.M. Heinen en J.M.H.F. Teunissen

Nb-wet 1998 art. 1 onderdeel m, 16 lid 1, 19d lid 1 en lid 3,
19kd

BR 2011/162

LJN BQ4962

**Geen bestaand gebruik en dus ook geen uitzondering
vergunningplicht. Beschermd natuurmonument. Natura
2000-gebied. Instandhoudingsdoelstellingen. Deposities
van stikstof en zwavel. Bepalend is of betrokken hande-
ling feitelijk al dan niet in betekenende mate is gewij-
zigd. (Limburg)**

Zoals SES in haar beroepschrift heeft aangevoerd en ter zitting is bevestigd, is tussen 1 oktober 2005, de peildatum voor de vraag of kan worden gesproken van bestaand gebruik als bedoeld in art. 1 aanhef en onderdeel m Nb-wet 1998, en 31 maart 2009, de datum waarop het bestreden besluit werd genomen, de samenstelling van de ertsstoffen die in het productieproces worden ingezet gewijzigd. Volgens de memorie van toelichting bij de wet tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met de regulering van bestaand gebruik en enkele andere zaken (Kamerstukken II 2006/07, 31 038 nr. 3, p. 10) dient de beoordeling of een wijziging betekend of onbetekend is, plaats te vinden in relatie tot de instandhoudingsdoelstellingen. De bedoelde wijziging in de samenstelling van de ertsstoffen heeft, zoals ter zitting van de zijde van het college is bevestigd, geleid tot een verhoging van de emissie. Uit het rapport van Alterra kan verder worden afgeleid dat de emissie van de betrokken stoffen, in het bijzonder van zwavelverbindingen, sinds 2006 beduidend hoger lag dan in de daaraan voorafgaande jaren. Dat, zoals het college ter zitting heeft gesteld, de voor de activiteiten verleende vergunning op grond van de Wet milieubeheer in de betrokken periode niet is gewijzigd en ook de gewijzigde bedrijfsvoering binnen de grenzen van die vergunning viel brengt, wat daarvan ook zij, in het voorgaande geen verandering, aangezien bepalend is of de betrokken handeling feitelijk al dan niet in betekenende mate is gewijzigd.

Mede gezien hetgeen hiervoor onder 2.9.2 werd overwogen, kan de Afdeling in het licht van het voorgaande het college

niet volgen in zijn stelling dat de bedrijfsactiviteiten van ENCI sinds 1 oktober 2005 niet in betekenende mate zijn gewijzigd. Van bestaand gebruik in de zin van art. 1 onderdeel m Nb-wet 1998 is derhalve geen sprake, waaruit volgt dat de uitzondering op de vergunningplicht, vervat in art. 19d lid 3 Nb-wet 1998, zich niet voordoet.

Uit het voorgaande volgt dat de activiteiten van ENCI ten tijde van het bestreden besluit plaatsvonden in strijd met art. 16 lid 1 en 19d lid 1 Nb-wet 1998, nu de vergunning die op grond van deze bepalingen nodig was niet was verleend.

Uitspraak in het geding tussen:

de stichting Stichting ENCI Stop (hierna: SES), gevestigd te Maastricht,
appellante,
en
het college van gedeputeerde staten van Limburg,
verweerder

1. Procesverloop

Bij besluit van 22 januari 2008 heeft het college een verzoek om handhavend op te treden in het kader van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) ten aanzien van de door ENCI B.V. ondernomen activiteiten in de nabijheid van het Natura 2000-gebied Sint Pietersberg en Jekerdal en het beschermd natuurmonument Sint Pietersberg afgewezen.

Bij besluit van 31 maart 2009, verzonden op 3 april 2009, heeft het college het door SES hiertegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft SES bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 18 mei 2009, beroep ingesteld. De gronden van het beroep zijn aangevuld bij brief van 16 juni 2009.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

SES, ENCI en het college hebben nadere stukken ingediend. De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 17 januari 2011, waar SES, vertegenwoordigd door mr. B.N. Klooststra, advocaat te Amsterdam, [secretaris], [bestuurslid], en H.A.M.J. Paulussen, en het college, vertegenwoordigd door mr. H.J.M. Besselink, advocaat te Den Haag, mr. J.J. Beek en mr. I.M.P.P. Brassé, zijn verschenen. Voorts is ter zitting ENCI, vertegenwoordigd door mr. X.P.C. Wynands, advocaat te Roermond, en P.H.H. Mergelsberg, als partij gehoord.

2. Overwegingen

Bestreden besluit

2.1. Het bestreden besluit heeft betrekking op de activiteiten van ENCI die plaatsvinden op de Sint Pietersberg ten zuiden van Maastricht, op een terrein dat grenst aan het Natura 2000-gebied Sint Pietersberg en Jekerdal en het beschermd natuurmonument Sint Pietersberg. Tot de activiteiten behoren de productie van cement en klinker en het ten behoeve daarvan afgraven van kalksteen.

Ontvankelijkheid in bezwaar

2.2. Ter zitting heeft het college zich op het standpunt gesteld dat SES bij nader inzien ten onrechte in haar bezwaren tegen het besluit van 22 januari 2008 is ontvangen. Het

verzoek tot het nemen van handhavingsmaatregelen naar aanleiding waarvan dat besluit werd genomen was immers niet door of namens SES gedaan, maar door de Coöperatie Mobilisation for the Environment (hierna: MOB). SES was als derde geen belanghebbende bij het besluit op het verzoek van MOB, aldus het college, zodat het door SES gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard.

2.3. SES heeft ter zitting verklaard dat het verzoek van MOB tot het nemen van handhavingsmaatregelen mede namens SES is ingediend. Door een verschrijving is volgens haar in het verzoek de naam van SES weggevallen. Ook uit het op 16 oktober 2007 ingediende bezwaarschrift tegen het uitblijven van een besluit op het handhavingsverzoek blijkt volgens SES dat dat verzoek mede namens haar is ingediend.

2.4. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Ingevolge het derde lid van dat artikel worden, ten aanzien van rechtspersonen, als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

2.5. Op 25 augustus 2007 heeft MOB in een brief aan het college verzocht om handhavend op te treden tegen de door ENCI ondernomen activiteiten. Deze brief, geschreven op briefpapier van MOB en ondertekend door haar voorzitter, bevat onder meer de passage "Wij verzoeken u daarom namens om op korte termijn tot handhaving over te gaan [...]". Vervolgens heeft MOB op 13 september 2007 per faxbericht haar verzoek om handhaving herhaald en aangevuld. Noch het verzoek van 25 augustus 2007 noch dat van 13 september 2007 bevatten enige aanwijzing waaruit kan worden afgeleid dat het verzoek mede namens SES zou zijn ingediend. Ook uit hetgeen SES heeft aangevoerd omtrent het bezwaarschrift tegen het niet tijdig nemen van een besluit, welk bezwaarschrift op 16 oktober 2007 is ingediend, volgt niet dat SES als verzoekster zou kunnen worden aangemerkt. In dat bezwaarschrift wordt immers nadrukkelijk onderscheid gemaakt tussen het hier aan de orde zijnde verzoek om handhavend op te treden op grond van de Nbw 1998, gedateerd op 25 augustus 2007, en een verzoek om handhaving in het kader van de Wet milieubeheer gedateerd op 31 augustus 2007. Uit de brief blijkt dat alleen het verzoek van 31 augustus 2007 betreffende handhaving in het kader van de Wet milieubeheer mede namens SES is gedaan.

Gelet op het voorgaande kan SES in deze procedure niet mede als verzoekster worden aangemerkt. Nu het hier echter gaat om een besluit omtrent het al dan niet toepassen van handhavingsmaatregelen en een dergelijk besluit niet slechts op verzoek maar ook ambtshalve door het bevoegd gezag kan worden genomen, brengt de omstandigheid dat het verzoek niet door of namens SES is ingediend op zichzelf niet met zich dat zij niet als belanghebbende kan worden aangemerkt bij het besluit. Een andere opvatting zou

bovendien tot het uit een oogpunt van effectieve geschilbeslechting onaantrekkelijke gevolg leiden dat SES alsnog een verzoek om handhaving zou kunnen doen, waarna na een bezwaarprocedure materieel hetzelfde geschil in een aparte procedure aan de bestuursrechter zou kunnen worden voorgelegd.

Gezien verder de doelstellingen die SES volgens haar statuten nastreeft, waaronder het behoud van de natuur en cultuur in en om de Sint Pietersberg en het Jekerdal, en de door haar ondernomen feitelijke werkzaamheden, dient zij naar het oordeel van de Afdeling als belanghebbend te worden aangemerkt bij het besluit van het college van 22 januari 2008. Het college heeft SES derhalve terecht in haar bezwaar ontvangen.

Toetsingskader

2.6. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder m, van de Nbw 1998 wordt onder bestaand gebruik verstaan: 1°. iedere handeling die op 1 oktober 2005 werd verricht en sedertdien niet of niet in betekenende mate is gewijzigd; 2°. iedere handeling die op het moment van aanwijzing van een gebied als beschermd natuurmonument of ter uitvoering van richtlijn 79/409/EEG dan wel op het moment van aanmelding bij de Europese Commissie van een gebied ter uitvoering van artikel 4, eerste lid, van richtlijn 92/43/EEG werd verricht en sedertdien niet of niet in betekenende mate is gewijzigd, voor zover die aanwijzing of aanmelding plaatsvindt na 1 oktober 2005.

Ingevolge artikel 16, eerste lid, van de Nbw 1998 is het verboden zonder vergunning van gedeputeerde staten, in een beschermd natuurmonument handelingen te verrichten, te doen verrichten of te gedogen, die schadelijk kunnen zijn voor het natuurschoon, voor de natuurwetenschappelijke betekenis van het beschermd natuurmonument of voor dieren of planten in het beschermd natuurmonument of die het beschermd natuurmonument ontsieren, dan wel in strijd met de bij een vergunning gestelde voorschriften of beperkingen handelingen te verrichten, te doen verrichten of te gedogen. Ingevolge het tweede lid worden als schadelijke handelingen in elk geval aangemerkt handelingen die de in het besluit tot aanwijzing als beschermd natuurmonument vermelde wezenlijke kenmerken van het beschermde natuurmonument aantasten.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, van de Nbw 1998 Nbw, is het verboden zonder vergunning, of in strijd met aan die vergunning verbonden voorschriften of beperkingen, van gedeputeerde staten, projecten of andere handelingen te realiseren onderscheidenlijk te verrichten die gelet op de instandhoudingsdoelstelling de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een Natura 2000-gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Zodanige projecten of andere handelingen zijn in ieder geval projecten of handelingen die de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende gebied kunnen aantasten.

Ingevolge het derde lid van dat artikel is het verbod, bedoeld in het eerste lid, niet van toepassing op bestaand ge-

bruik gedurende de periode, bedoeld in artikel 19c, eerste lid, behoudens indien dat gebruik een project is dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied maar dat afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of plannen significante gevolgen kan hebben voor het desbetreffende Natura 2000-gebied.

Standpunten van partijen

2.7. SES betoogt dat het college bij het bestreden besluit ten onrechte haar besluit van 22 januari 2008, waarbij het verzoek tot handhaving is afgewezen, in stand heeft gelaten en haar bezwaren ongegrond heeft verklaard. Naar haar mening zijn de gevolgen die de activiteiten van ENCI kunnen hebben voor de natuurgebieden in de omgeving zodanig dat daarvoor een vergunning op grond van de Nbw 1998 was vereist, welke vergunning ontbrak. Dit blijkt volgens haar uit de rapporten van Arcadis en Alterra die het college aan zijn besluiten ten grondslag heeft gelegd. SES wijst in het bijzonder op de mogelijk nadelige gevolgen van de uitstoot van stikstof en zwavel voor de habitattypen waarvoor het gebied Sint Pietersberg en Jekerdal op de lijst van gebieden van communautair belang is geplaatst. Verder is volgens haar het mogelijk schadelijke effect op de flora en fauna van de door ENCI op het terrein uitgevoerde ontgroningen en grondwateronttrekkingen onvoldoende in de beschouwing betrokken.

2.8. Het college stelt zich, onder verwijzing naar door Arcadis en Alterra uitgebrachte rapportages, op het standpunt dat de bedrijfsactiviteiten van ENCI geen dan wel een verwaarloosbaar negatief effect hebben op de wezenlijke kenmerken van het beschermd natuurmonument Sint Pietersberg en op de instandhoudingsdoelstellingen van het Natura 2000-gebied Sint Pietersberg en Jekerdal. Om die reden is naar het college meent een vergunning op grond van de Nbw 1998 voor die activiteiten niet vereist, zodat geen aanleiding bestond daartegen op grond van die wet handhavend op te treden.

Oordeel van de Afdeling

2.9. De bevoegdheid tot het toepassen van handhavingsmaatregelen bestaat uitsluitend indien zich een overtreding voordoet, zodat de vraag moet worden beantwoord of de gedragingen van ENCI ten tijde van het bestreden besluit konden worden aangemerkt als overtreding.

2.9.1. Het Natura 2000-gebied Sint Pietersberg en Jekerdal is vermeld op de lijst van gebieden van communautair belang, bedoeld in artikel 4, derde lid, van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG L 206). Het gebied is nog niet op grond van artikel 10a van de Nbw 1998 aangewezen als speciale beschermingszone in de zin van die richtlijn en er is nog geen beheerplan als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Nbw 1998 voor vastgesteld.

Het beschermd natuurmonument Sint Pietersberg is als zodanig aangewezen op 21 november 1974 (*Stcrt.* 1974, nr. 232).

2.9.2. Ten behoeve van het besluit van 22 januari 2008 heeft het college door Arcadis onderzoek laten verrichten naar de mogelijke nadelige effecten van de activiteiten van ENCI op de natuurwaarden in het Natura 2000-gebied en het beschermd natuurmonument. De resultaten van dit onderzoek zijn weergegeven in het rapport "Oriëntatiefase/verslechtings- en verstoringstoets Natuurbeschermingswet productieterrein ENCI" van 13 november 2007. Naar aanleiding van het bezwaar van SES tegen het besluit van 22 januari 2008 heeft het college Alterra opdracht gegeven te beoordelen of het onderzoek van Arcadis zorgvuldig is uitgevoerd, hetgeen heeft geleid tot het rapport "Advies aangaande Arcadis rapportage 2007 betreffende effecten van ENCI Maastricht op Natura 2000-gebieden" uit 2009.

Met betrekking tot de emissies van stikstof is in het rapport van Alterra de depositie per habitatype berekend en afgezet tegen de drempelwaarden die eerder voor de betrokken habitattypen zijn vastgesteld. Het rapport vermeldt dat de depositie van stikstof op beschermde habitats rond het ENCI-terrein varieert van 7 tot 38 mol/ha/jr, maar gaat voor de verdere berekening uit van een depositie van 28,5 mol/ha/jr. De achtergronddepositie ter plaatse bedraagt volgens het rapport tussen 2000 en 3000 mol/ha/jr. Uitgaand van een gemiddelde achtergronddepositie van 2500 mol/ha/jr bedraagt de stikstofdepositie door de activiteiten van ENCI volgens het rapport derhalve iets meer dan 1% van de bestaande achtergronddepositie. Het rapport vermeldt verder dat de kritische depositiewaarde voor de verschillende habitattypen in het gebied tussen de 830 en 2000 mol/ha/jr bedraagt, wat betekent dat deze waarden in het gebied al in aanzienlijke mate worden overschreden. Voor duurzaam behoud en herstel van de beschermde habitats moet worden gestreefd naar een verlaging van de totale stikstofdepositie, aldus het rapport.

Voor zwavel geldt volgens het rapport van Alterra dat de uitstoot door ENCI tussen 9 en 52 mol/ha/jr bedraagt, wat bij een achtergronddepositie tussen 633 en 950 mol/ha/jr neerkomt op ten hoogste 8% van de achtergronddepositie. Daarbij wordt uitgegaan van de maximale uitstoot die op grond van de vergunning ingevolge de Wet milieubeheer is toegestaan. De uitstoot bedraagt ongeveer 5% van de achtergronddepositie als wordt uitgegaan van de waarden in de praktijk, aldus het rapport.

Zoals blijkt uit de tekst van artikel 19d, eerste lid, dient de vraag of een project of andere handeling de kwaliteit van habitats in een Natura 2000-gebied kan verslechteren of significant verstorend kan zijn voor daarin aanwezige soorten te worden beoordeeld gelet op de instandhoudingsdoelstelling. Volgens het ontwerp-Aanwijzingsbesluit van het Natura 2000-gebied Sint Pietersberg en Jekerdal wordt dit gebied aangewezen voor zes habitattypen, waarvan drie prioritaire habitattypen. Van deze zes habitattypen is voor vijf een doelstelling "uitbreiding oppervlakte en verbetering kwaliteit" opgenomen. De prioritaire habitattypen H6210 (kalkgraslanden) en H6230 (heischrale graslanden) bevinden zich landelijk in een zeer ongunstige staat van instandhouding. Voor de overige habitattypen geldt landelijk een matig ongunstige staat van instandhouding.

Nu verder niet in geschil is dat verscheidene van de in het gebied voorkomende habitattypen gevoelig zijn voor vermeting en verzuring, moeten de bedrijfsactiviteiten van ENCI, zoals deze werden ondernomen ten tijde van het bestreden besluit, naar het oordeel van de Afdeling worden aangemerkt als handeling die gelet op de instandhoudingsdoelstelling de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een Natura 2000-gebied kunnen verslechteren. Uit het voorgaande volgt eveneens dat de bewuste activiteiten moeten worden aangemerkt als handelingen die schadelijk kunnen zijn voor het natuurschoon, voor de natuurwetenschappelijke betekenis van het beschermd natuurmonument of voor dieren of planten in het beschermd natuurmonument of die het beschermd natuurmonument ontsieren.

2.9.3. Ten aanzien van de vraag of de bedrijfsactiviteiten van ENCI konden worden aangemerkt als bestaand gebruik in de zin van artikel 19d, derde lid, van de Nbw 1998, overweegt de Afdeling het volgende.

Zoals SES in haar beroepschrift heeft aangevoerd en ter zitting is bevestigd, is tussen 1 oktober 2005, de peildatum voor de vraag of kan worden gesproken van bestaand gebruik als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder m, van de Nbw 1998, en 31 maart 2009, de datum waarop het bestreden besluit werd genomen, de samenstelling van de ertsstoffen die in het productieproces worden ingezet gewijzigd. Volgens de memorie van toelichting bij de wet tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 in verband met de regulering van bestaand gebruik en enkele andere zaken (*Kamerstukken II*, 31 038 nr. 3, p. 10) dient de beoordeling of een wijziging betekanend of onbetekenend is plaats te vinden in relatie tot de instandhoudingsdoelstellingen. De bedoelde wijziging in de samenstelling van de ertsstoffen heeft, zoals ter zitting van de zijde van het college is bevestigd, geleid tot een verhoging van de emissie. Uit het rapport van Alterra kan verder worden afgeleid dat de emissie van de betrokken stoffen, in het bijzonder van zwavelverbindingen, sinds 2006 beduidend hoger lag dan in de daaraan voorafgaande jaren. Dat, zoals het college ter zitting heeft gesteld, de voor de activiteiten verleende vergunning op grond van de Wet milieubeheer in de betrokken periode niet is gewijzigd en ook de gewijzigde bedrijfsvoering binnen de grenzen van die vergunning viel brengt, wat daarvan ook zij, in het voorgaande geen verandering, aangezien bepalend is of de betrokken handeling feitelijk al dan niet in betekanende mate is gewijzigd.

Mede gezien hetgeen hiervoor onder 2.9.2. werd overwogen kan de Afdeling in het licht van het voorgaande het college niet volgen in zijn stelling dat de bedrijfsactiviteiten van ENCI sinds 1 oktober 2005 niet in betekanende mate zijn gewijzigd. Van bestaand gebruik in de zin van artikel 1, onder m, van de Nbw 1998 is derhalve geen sprake, waaruit volgt dat de uitzondering op de vergunningplicht, vervat in artikel 19d, derde lid, zich niet voordoet.

2.9.4. Uit het voorgaande volgt dat de activiteiten van ENCI ten tijde van het bestreden besluit plaatsvonden in strijd met de artikelen 16, eerste lid, en 19d, eerste lid, van

de Nbw 1998, nu de vergunning die op grond van deze bepalingen nodig was niet was verleend.

2.10. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

ENCI voert aan dat de inwerkingtreding van artikel 19kd, eerste lid, van de Nbw 1998 op 31 maart 2010 met zich brengt dat ook naar het nu geldende recht geen vergunning op grond van de Nbw 1998 nodig is. Voor zover ENCI hiermee bedoelt te betogen dat ten tijde van het bestreden besluit concreet zicht op legalisatie bestond zodat om die reden van handhaving kon worden afgezien, overweegt de Afdeling dat dit betoog niet kan slagen reeds omdat ook vergunning op grond van artikel 16 van de Nbw 1998 vereist was. De inwerkingtreding van artikel 19kd, eerste lid, van die wet brengt hierin geen verandering. Voorts acht de Afdeling van betekenis dat artikel 19kd, eerste lid, geen betrekking heeft op de depositie van zwavel.

Ook voor het overige is niet aannemelijk gemaakt dat zich bijzondere omstandigheden voordeden op grond waarvan moet worden geoordeeld dat het college heeft mogen weigeren van zijn bevoegdheid handhavend op te treden gebruik te maken.

Conclusie

2.11. Hetgeen SES heeft aangevoerd geeft aanleiding voor het oordeel dat het bestreden besluit is genomen in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb. Het beroep is gegrond, zodat het bestreden besluit dient te worden vernietigd. De Afdeling ziet aanleiding om, met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, van de Awb, een termijn te stellen voor het nemen van een nieuw besluit op het door SES gemaakte bezwaar.

Proceskosten

2.12. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de bij SES opgekomen proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het beroep gegrond;
- II. vernietigt het besluit van het college van gedeputeerde staten van Limburg van 31 maart 2009, kenmerk DOC200900028943;
- III. draagt het college van gedeputeerde staten van Limburg op om binnen zes maanden na verzending van deze uitspraak, met inachtneming van hetgeen daarin is overwogen, een nieuw besluit te nemen op het door

Stichting ENCI Stop gemaakte bezwaar en dit besluit op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken;

- IV. veroordeelt het college van gedeputeerde staten van Limburg tot vergoeding van bij de stichting Stichting ENCI Stop opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 644,00 (zegge: zeshonderdvierenveertig euro);
- V. gelast dat het college van gedeputeerde staten van Limburg aan stichting Stichting ENCI Stop het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 297,00 (zegge: tweehonderdzevenennegentig euro) vergoedt.

Naschrift

1. Wij zullen in ons naschrift alleen ingaan op de ter zake relevante bepalingen van de Natuurbeschermingswet 1998 (Nb-wet 1998). Voor een goed begrip van deze uitspraak lijkt het ons zinvol om de verschillen tussen de status van beschermd natuurmonument en richtlijngebied of Speciale beschermingszone (SBZ) te duiden. In het licht van de verschillende 'verbodsbepalingen' (art. 16 lid 1 Nb-wet 1998 en art. 19d lid 1 t/m 3 Nb-wet 1998) zullen wij de uitspraak belichten, waarbij achtereenvolgens zal worden stilgestaan bij: het begrip 'bestaand gebruik', de anti-samenloopregeling ex art. 15a Nb-wet 1998 en ten slotte de salderingsregeling ex art. 19 kdNb-wet 1998 betreffende de stikstofdepositie.

2. De Nb-wet 1998 maakt onderscheid tussen een beschermd natuurmonument (art. 10 Nb-wet 1998) en een beschermd gebied (art. 10a Nb-wet 1998): een richtlijngebied of SBZ. Sint Pietersberg geldt als een beschermd natuurgebied, maar het gebied Sint Pietersberg en Jekerdal is (ter uitvoering van de richtlijnen 79/409 EEG: de Vogelrichtlijn en 92/43 EEG: de Habitatrichtlijn) door de Minister van ELI nog niet ingevolge art. 10a Nb-wet 1998 als SBZ aangewezen. Evenmin is voor dat gebied op grond van art. 19a lid 1 Nb-wet 1998 een beheerplan vastgesteld. Het gebied geldt wel als Natura 2000-gebied. Dat volgt uit art. 1 onderdeel n onder 3 Nb-wet 1998. Het komt namelijk voor op de lijst van gebieden van communautair belang, bedoeld in art. 4 lid 2 Habitatrichtlijn (Hrl) als zogeheten 'richtlijngebied'.

3. Zolang richtlijngebieden nog niet 'formeel' op basis van art. 10a Nb-wet 1998 door de Minister van ELI zijn aangewezen als Natura 2000-gebied, vallen zij volgens vaste rechtspraak van het HvJEG onder de rechtstreekse werking van art. 6 lid 2 t/m 4 Hrl. (Zie voor die rechtspraak en de gevolgen ervan: Ch.W. Backes, A.A. Freriks & J. Robbe, *Hoofdlijnen natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 68 en H.E. Woldendorp & F. Neumann, 'Natuurbescherming: een nieuwe taak voor gemeenten (I)', *Gst.* 2002/1, afl. 7169, p. 408. De rechtstreekse werking van art. 4 lid 4 Vogelrichtlijn (Vrl) geldt niet meer voor de (nog) niet door de Minister van ELI aangewezen Natura 2000-gebieden. In art. 1 onderdeel n Nb-wet 1998 is een definitie van het begrip Natura 2000-gebied opgenomen. Dat begrip omvat thans niet alleen de ingevolge de Nb-wet 1998 'formeel' aangewezen richtlijngebieden (inclusief de voorlopig als zodanig aangewezen gebieden ex art. 12 lid 3 Nb-wet 1998), maar ook de habitatrichtlijngebieden die bij de Europese Com-

missie zijn aangemeld om te worden geplaatst op de lijst van gebieden van communautair belang, bedoeld in art. 4 lid 4 Hrl. Dat brengt onder andere mee dat het verbod – behoudens vergunning ex art. 19d Nb-wet 1998, dat ziet op projecten of andere handelingen die nadelige gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied – tevens geldt voor habitatrichtlijngebieden die weliswaar door de Minister nog niet 'formeel' zijn aangewezen, maar wel reeds voor plaatsing op de communautaire lijst zijn aangemeld. De door art. 6 lid 2 t/m 4 Hrl geëiste bescherming van de Natura 2000-gebieden is uitgewerkt in art. 19 d t/m k Nb-wet.

4. De Nb-wet 1998 kent aan de status van een beschermd natuurmonument andere rechtsgevolgen (waaronder een 'lichter' beschermingsregime) toe dan aan een richtlijngebied of SBZ. Hieronder zetten wij de verschillen op een rij.

a. De status beschermd natuurmonument.

Het rechtsgevolg van de aanwijzing van een gebied als beschermd natuurmonument houdt in dat het zonder vergunning is verboden om handelingen te verrichten die schadelijk kunnen zijn voor het natuurschoon en/of de natuurwetenschappelijke betekenis van dat monument of voor dieren of planten in het monument of die het monument ontsieren (art. 16 lid 1 Nb-wet 1998). Het wettelijk toetsingskader ex art. 16 lid 1 Nb-wet 1998 is bij de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet (Chw) per ultimo maart 2010 enigszins 'verlicht'. Het bevoegd gezag heeft toen de wettelijke ruimte gekregen (door het toenmalige art. 16 lid 3 Nb-wet 1998 te schrappen) om – in het licht van de belangenafweging – bij vergunningverlening ook economische, sociale en culturele belangen te betrekken. Doorgaans zijn GS het bevoegd gezag. Voor sommige gevallen is dat de Minister van ELI (zie art. 16 lid 6 Nb-wet 1998 en het Besluit vergunningen Natuurbeschermingswet 1998: bijvoorbeeld voor activiteiten die rijksinfrastructurele werken betreffen is de minister bevoegd).

De schadelijke gevolgen als bedoeld in art. 16 lid 1 Nb-wet 1998 worden allereerst bepaald door de specifieke natuurwaarden met het oog waarop het gebied is aangewezen als beschermd natuurmonument. Als schadelijke handeling wordt in ieder geval aangemerkt: een handeling die de wezenlijke kenmerken van dat monument kan aantasten (art. 16 lid 2 Nb-wet 1998). Daarbij zijn de beschrijvingen van de te beschermen natuurwaarden in en de toelichting bij het aanwijzingsbesluit voor de toetsing van belang. De gevolgen van bepaalde handelingen kunnen per gebied verschillen en ook afhankelijk zijn van locaties binnen dat gebied waar deze gevolgen zich zullen voordoen.

Op het verbod-behoudens-vergunning ex art. 16 lid 1 Nb-wet 1998 geldt een uitzondering voor handelingen die zijn voorzien in een beheerplan (art. 17 Nb-wet 1998). Aldus vervult een beheerplan ingevolge art. 16 lid 5 Nb-wet 1998 bij wijze van spreken de rol van een 'vrijstellingsfunctie' (vgl. voor de functies van een be-

heerplan J.M.H.F. Teunissen, *Handboek Milieurecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2010, p. 774-783). Uitsluitend indien dat bij het aanwijzingsbesluit is bepaald, geldt voor een beschermd natuurmonument een zogenoemde 'externe werking'. Dat betekent dat de vergunningplicht ex art. 16 lid 1 Nb-wet 1998 (in zoverre) tevens geldt voor bij dat aanwijzingsbesluit genoemde handelingen die worden verricht 'buiten' dat monument en die schadelijke gevolgen voor dat gebied kunnen hebben (art. 16 lid 4 Nb-wet 1998). Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan drainage van landbouwgronden in de nabijheid van zo'n monument die leidt tot verlaging van het grondwaterpeil binnen dat monument met dito schadelijke gevolgen. Overigens kan de zorgplichtbepaling ex art. 19l Nb-wet 1998 voor een dergelijke monument ook externe werking meebrengen.

b. Status richtlijngebied (Natura 2000-gebied of SBZ).

Het wettelijk toetsingskader ter bescherming van de richtlijngebieden is te vinden in art. 19 d t/m k Nb-wet 1998.

Ingevolge art. 19d lid 1 Nb-wet 1998 is het verboden om zonder of in afwijking van een vergunning van GS (in sommige gevallen is de Minister van ELI bevoegd: zie het hiervoor genoemde besluit) projecten of andere handelingen uit te voeren die gelet op de instandhoudingsdoelstellingen kunnen leiden tot – kort gezegd – verslechtering van een SBZ of die een verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Hierbij kan – naast de hiervoor al benoemde rol van 'vrijstellingsfunctie' in casu ex art. 19d lid 2 Nb-wet 1998 – het beheerplan een rol spelen als 'toetsingsfunctie' (art. 19e onderdeel b Nb-wet 1998).

Anders dan bij een beschermd natuurmonument brengt de aanwijzing (ex art. 10a Nb-wet 1998) van een gebied als SBZ altijd 'externe werking' mee.

5. Indien sprake is van 'bestaand gebruik' (ex art. 19d lid 3 Nb-wet 1998 jo. art. 1 onderdeel m Nb-wet 1998) geldt er geen verbod (dus geen Nb-wet 1998-vergunningplicht). Het begrip 'bestaand gebruik' leidt tot weerbarstige materie. Hiervoor zij kortheidshalve verwezen naar onder andere I. Viertelhuizen, 'Zijn de uitzonderingen voor bestaand gebruik in overeenstemming met de Vogel- en Habitatrichtlijn?', *BR* 2011/16 en H.E. Woldendorp, 'Kroniek Natuurbeschermingswet', *M en R* 2011/51, p. 147 e.v.

Ten aanzien van de Afdelingsplicht over het begrip 'bestaand gebruik' ex art. 19d lid 3 Nb-wet 1998 kan wellicht gesproken worden van 'aanbouw jurisprudentie': stukje bij beetje wordt de invulling ervan (hopelijk) duidelijker. Bij de onderhavige zaak speelt de omvang van de Nb-wet 1998-vergunningplichten c.q. het mogelijk overtreden van de verbodsbepalingen (art. 16 lid 1 Nb-wet 1998 en art. 19d lid 1 t/m 3 Nb-wet 1998) tegen de achtergrond van de 'beginselplicht tot handhaving' (zie ook ABRvS 16 maart 2011, nr. 200902327/1/R2, *RO* 2011/359: geen concreet zicht op legalisatie van agrarische bedrijf nabij een Natura 2000-gebied). Tot nog toe lijken de Afdelingsuitspraken over dat 'bestaand gebruik' min of meer in elkaars verlengde te liggen. Het

gaat om ABRvS 31 maart 2010, *M en R* 2010/41 m.nt. J.M. Verschuuren; *BR* 2010/96 m.nt. H.E. Woldendorp; *JM* 2010/63 m.nt. J.M.I.J. Zijlmans, ABRvS 1 september 2010, *Gst.* 2011/5 m.nt. P.C.M. Heinen en J.M.H.F. Teunissen; *M en R* 2011/84 m.nt. J.M. Verschuuren; *BR* 2011/25 m.nt. H.E. Woldendorp, ABRvS 1 december 2010, *M en R* 2011/83 m.nt. J.M. Verschuuren; *BR* 2011/24 m.nt. H.E. Woldendorp.

Volgens art. 1 onderdeel m Nb-wet 1998 kan van een bestaand gebruik niet meer worden gesproken wanneer dat gebruik 'in betekenende mate' is gewijzigd. Daarbij is een peildatum gesteld op 1 oktober 2005 (datum inwerkingtreding van de Nb-wet 1998). De vraag of zo'n wijziging aan de orde is, zal moeten worden beantwoord in het licht van de voor het gebied geldende instandhoudingsdoelstellingen. Volgens de inmiddels vaste rechtspraak dient bij de beoordeling of sprake is van 'bestaand gebruik' te worden gezien of een aanvraag betrekking zal hebben op de voortzetting van het bedrijf op de wijze en in de omvang zoals dat feitelijk op 1 oktober 2005 bestond. Daarbij is het overigens niet van belang of de depositie van het bedrijf op het nabij gelegen Natura 2000-gebied gelijk blijft of afneemt ten opzichte van 1 oktober 2005. Deze uitspraak lijkt vooral van belang omdat de Afdeling niet zozeer de vergunde situatie op 1 oktober 2005 bepalend acht, maar juist het moment waarop een besluit over een Nb-wet 1998-vergunning zou moeten worden genomen c.q. de dan feitelijk bestaande situatie. Zij constateert dat de zwavelemissie sinds 2006 beduidend hoger lag dan in de daaraan voorafgaande jaren. Ofschoon die toename van de emissie kennelijk binnen de grenzen van de vigerende milieuvergunning (lees thans omgevingsvergunning) van ENCI bleef, is volgens de Afdeling bepalend of de betrokken handeling *feitelijk* al dan niet in betekenende mate is gewijzigd, wat hier het geval was en een vergunningplicht ex art. 19d lid 1 Nb-wet 1998 meebracht.

6. Wat ons opvalt, is dat de Afdeling geen melding maakt van de anti-samenloopregeling van art. 15a Nb-wet 1998. Om een 'stapeling' van beschermingsregimes te voorkomen bepaalt art. 15a lid 1 Nb-wet 1998 dat een Natura 2000-gebied niet kan worden aangewezen als beschermd natuurmonument. Art. 15a lid 2 Nb-wet 1998 bepaalt dat een al bestaande aanwijzing als beschermd natuurmonument vervalt op het moment dat dit gebied op grond van art. 10a Nb-wet 1998 wordt aangewezen als SBZ, overigens voor zover dat monument deel uitmaakt van dat als zodanig aangewezen gebied. Wellicht valt de opstelling van de Afdeling hier te verklaren uit het feit dat er destijds nog geen definitieve ministeriële aanwijzing had plaatsgevonden: er bestond daartoe 'slechts' een ontwerpbesluit.

7. Bij de ultimo maart 2010 in werking getreden Chw is in de Nb-wet 1998 in de regeling voor richtlijngebieden een nieuwe par. 2a (art. 19 kd t/m kmNb-wet 1998) met 'Nadere regels m.b.t. stikstofdepositie' toegevoegd. De regeling bestaat uit de onderdelen: Regels met betrekking tot de vergunningplicht en de aanschrijvingsbevoegdheid (art. 19 kd t/m kfNb-wet 1998) en Programmatische aanpak vermindering stikstofdepositie (art. 19 kg t/m kmNb-wet 1998). Voor stikstofdepositie gelden geen grenswaarden.

Per beschermde soort wordt wel een kritische depositiewaarde vastgesteld. Die waarde vormt een belangrijk gegeven bij de beoordeling of wordt voldaan aan de instandhoudingsdoelstellingen. Niet alle habitattypen zijn even gevoelig voor stikstofdepositie. ENCI beroept zich op art. 19 kd lid 1 Nb-wet 1998. Die regeling komt erop neer dat activiteiten die niet of niet per saldo leiden tot een toename van de stikstofdepositie doorgang zouden moeten vinden (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 28). De uitzondering lijkt alleen te gelden in situaties waarin per saldo geen sprake is van een toename van de stikstofdepositie. Alsdan blijven de gevolgen van de stikstofdepositie buiten de beoordeling van de vergunningaanvraag. Ons inziens is de regeling niet geheel duidelijk. Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk waarom die bepaling een onderscheid maakt door handelingen enerzijds als gebruik te duiden en anderzijds als activiteit. Op grond van art. 19 kd lid 1 onderdeel b Nb-wet 1998 lijkt ook een nieuwe activiteit te zijn toegestaan, mits deze 'in samenhang met voor die activiteit getroffen maatregelen' nergens een toename van de stikstofemissie tot gevolg heeft. Wie bijvoorbeeld overschakelt op een emissiearme stal en daardoor ten opzichte van de ter zake relevante referentiedatum (zie daarvoor art. 19 kd lid 3 Nb-wet 1998) meer dieren kan gaan houden, zonder dat sprake is van enige toename van de stikstofdepositie, mag dat doen zonder Nb-wet 1998-vergunning. Die regel geldt ongeacht of de bestaande situatie reeds heeft geleid tot een overschrijding van de kritische depositiewaarde (zie G.C.W. van der Feltz, 'De problematiek van stikstofdepositie op natuurgebieden. Schrale gronden, rijke natuur', *TBR* 2010/160, p. 878).

De Afdeling passeert het 'salderingsargument' van ENCI met een overweging die erop neerkomt dat er sowieso sprake is van een schending van art. 16 lid 1 Nb-wet 1998. Zij gaat daarmee verder niet inhoudelijk in op dat argument. Wel merkt zij nog terecht op dat art. 19 kd lid 1 Nb-wet 1998 geen betrekking kan hebben op de depositie van zwavel. Wij vragen ons wel af in hoeverre de Afdeling saldering betreffende de depositie van bijvoorbeeld zwavel in het kader van vergunningverlening ex art. 19d Nb-wet 1998 toelaatbaar acht. Interessant is in dit verband de Afdelingsuitspraak van 16 maart 2011, *TBR* 2011/84 m.nt. R.H.W. Frins: GS van Noord-Brabant mochten een art. 19d Nb-wet 1998-vergunning verlenen voor de uitbreiding van een veehouderij, omdat de daarmee gepaard gaande toename van de stikstofdepositie kon worden gesaldeerd met de afname van depositie vanwege de beëindiging van een andere, in de directe nabijheid gelegen veehouderij. Misschien speelt in die zaak een rol dat destijds art. 19 kd lid 1 Nb-wet 1998 nog niet gold. Voor zover die Afdelingsuitspraak doet denken aan de bekende witte raaf, moeten we er niet te snel algemene conclusies uit trekken.

P.C.M. Heinen en J.M.H.F. Teunissen